

ESTIGMA RACIAL COMO IMPULSIONANTE DOS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA NA AMÉRICA LATINA

Guilherme Maurício Wall Fagundes

Acadêmico do 4º ano noturno, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
e-mail: guilherfag@yahoo.com.br

Rafael Bucco Rossot

Acadêmico do 4º ano noturno, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.
e-mail: rafaelrossot@yahoo.com

RESUMO: O presente trabalho possui como escopo desvendar aspectos concretos da atuação do sistema penal no que tange à sua orientação por meta-regras de matiz racialmente estigmatizante. Para tanto, parte da problemática dos estigmas raciais como orientadores da postura dos aplicadores das normas jurídico-penais. Descortina, por seu turno, a realidade deste fenômeno no correr da história, desde a antiguidade remota até à modernidade. Paralelamente chega-se à constatação de que na ótica das condutas penalmente tipificadas, como normas penais pelo legislador (movimento de criminalização primária), há expressiva repulsa por estas mesmas condutas – como é notável através da lei 7716/89 que tipificada o crime de racismo. Todavia, pelo viés inverso, e contraditoriamente, no momento da criminalização secundária, acaba-se por constatar que estes mesmo estigmas reaparecem como determinantes da incriminação (etiquetamento) ou não de certos indivíduos no caso concreto. Chega-se, por último, à compreensão do porquê da existência de certos “clientes” típicos do sistema penal à luz da teoria criminológica do *labeling approach* e da constatação de práticas racistas implícitas e “cordiais” as quais admitem a criminalização secundária de certos grupos raciais, mesmo que tal postura seja proibida em decorrência de iniciativas de criminalização primária. Em face deste panorama, por fim, procede-se à crítica da postura dos integrantes do sistema penal à luz da teoria do garantismo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Estigmas raciais. Criminalização secundária. Direito Penal (penas).

1 RAÇA E RACISMO NA HISTÓRIA

A princípio, urge salientar que as práticas discriminatórias fulcradas no estigma racial¹ não se apresentaram lineares e constantes ao longo da história da humanidade. Ao contrário, é marcada por rupturas e desconstruções.² Por outro lado torna-se extremamente desvantajoso – senão inútil – falar-se em evolução ou progresso em sentido absoluto³, pois é impossível comparação direta e imediata entre diversas épocas históricas, marcadas cada qual por uma *ratio* interna, como o eram os modos de produção anteriores ao advento do capitalismo.⁴

Portanto não se deve levar em conta o racismo como “ dado natural”, isto é, algo que é inerente ao ser humano e que se perpetua exatamente por constituir-se como imanente ao próprio homem. Tal visão aproximar-se-ia de Aristóteles, que chegou

¹ Estigma é um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo. São classificáveis em três espécies: primeiramente os defeitos físicos ou abominações do corpo; em segundo lugar as culpas de caráter individual, como desonestidade, prisão, vícios, homossexualismo, desemprego etc; em terceiro lugar em estigmas que tangem às raças, nações, religiões.. GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988. p.13-14.

² Adota-se aqui, evidentemente, a metodologia do estudo da história consagrada pela *École des Annales*. Peter Burke, em estudo clássico, anota que um dos aspectos da historiografia positivista (por ele denominada de história tradicional) tende a “ oferecer uma visão de cima, no sentido de que tem sempre se concentrado nos grandes feitos dos grandes homens, estadistas, generais ou ocasionalmente eclesiásticos. Ao resto da humanidade foi destinado um papel secundário no drama da história.” BURKE, Peter(org.), *A escrita da história*, São Paulo : Edusp, 1992. p.12. (o grifo é nosso). Avulta, desta feita, o porquê dos grandes estigmatizados pela sociedade branca e europeia – especialmente negros e indígenas no que tange ao estigma racial- terem ocupado papel coadjuvante ou, mais realisticamente, papel de figurante na história tradicional (como simples peça utilizada pelos cenógrafos para preencher espaço no palco a fim de embelezar o desenrolar do espetáculo).

³ A Escola de Annales, como um dos pontos distintivos que a peculiariza, também suspeita da idéia de progresso e evolução, embasadas estas tanto na historiografia tradicional quanto no senso comum do povo: “ imaginamos que o futuro será uma simples continuação de nosso mesmo tempo. E da mesma forma imaginamos que nosso presente é um puro desenvolvimento evolutivo e natural do passado que nos precedeu. Mas na história surgem inovações, e há a contigência pura e simples. O direito é também uma invenção humana e uma invenção cultural muito particular (...) Uma história crítica permite suspeitar de afirmações como estas. Somos um pouco dominados pela idéia de progresso: ou somos progressistas, ou somos o ponto culminante de uma história de progressos”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História*. 2.ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.22.

⁴ Como última consideração metodológica saliente-se que a perspectiva adotada neste artigo não exclui as ferramentas teóricas cunhadas pelo marxismo no que diz respeito ao estudo da história. Segundo esta: Modo de produção: infra-estrutura + superestrutura. Em cada modo de produção – para manter-se o harmônico - deve-se verificar o equilíbrio entre as relações de produção e as forças produtivas. A partir do momento em que as forças produtivas desenvolvem-se desmensuradamente, não se compatibilizando mais com as relações de produção, surgem as condições adequadas para o advento de um novo modo de produção.

Tais transformações implicam mudanças quantitativas e qualitativas. No que diz respeito a esta última, nota-se que “ nem tudo é desconsiderado” pelo novo modo de produção, pois as transformações qualitativas são engendradas por um movimento dialético e este, como se sabe, ao fundir tese e antítese na síntese tende a levar em consideração alguns dos elementos envolvidos no processo, inclusive os provenientes da tese (como, p.ex, as práticas discriminatórias raciais que, como veremos no prosseguir deste artigo, faz-se presente nos modos de produção antigo, asiático, medieval e capitalista).

a afirmar que a escravidão era natural e justa. Ao contrário, é fenômeno social e historicamente construído conforme nos informa Evandro Charles Piza Duarte:

O termo *racismo* a ser apresentado é, em primeiro lugar, um termo derivado da palavra *raça* e com ele guarda estreita ligação. Nenhum dos dois é um dado natural, como quer uma visão biologizante com o qual nasceram ambos os termos ou uma visão culturalista que lhes emprestou legitimidade quando a primeira era insuficiente. Em outras palavras, para além de diferenças supostamente inatas entre grupos raciais, ou de uma visão histórica do racismo que poderia ser retratada com a frase 'o racismo sempre existiu' ou de forma encoberta, desde a antiguidade, tomamos ambos os termos como expressões de fenômenos sociais e historicamente construídos⁵

É possível, por meio de esforço analítico, distinguir três tipos de racismo, de acordo com Dora Lúcia de Lima Bertúlio:

O primeiro, o individual, assemelhar-se-ia ao denominado preconceito racial, podendo se manifestar na figura do racista dominador ou aversivo. O segundo, institucional, manifestar-se-ia por ações oficiais que, de alguma forma, excluem ou prejudicam indivíduos ou grupos distintos.(...) O terceiro tipo, o cultural, é a expressão individual ou institucional da superioridade da herança cultural de uma raça com relação a outra.⁶

Evidente que tais práticas são verificadas de forma concomitante. Todavia nos interessa, na análise do direito antigo, as manifestações institucionais, ou seja, a discriminação inscrita nas normas gerais e abstratas. E os exemplos são férteis: na China do século XXII a.C, ao ladrão amputavam-se as pernas; na Pérsia antiga até o século VII d.C, os homens de alta origem recebiam pena corporal enquanto os de baixa origem, pelo mesmo delito, eram apedrejados até a morte ou mutilados; na Índia do século XIII a.C, aos brâmanes era vedada a pena de morte (art.377 do Código de Manu), enquanto integrantes de outras castas, se furtassem vacas de brâmanes, poderiam ser punidos com a perfuração das ventas no primeiro furto, com o corte da metade do pé no segundo e com a pena de morte no terceiro (art.322 do Código de Manu); entre os Hebreus, o regime de escravidão era distinto ao tratar de

⁵ DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá, 2002. p.80.

⁶BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. *Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo*.Dissertação (Mestrado em Direito).UFSC. Florianópolis,1989 *Apud* DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá, 2002. p.82.

estrangeiro e ao tratar-se de “irmão hebreu”, que só poderia servir seu senhor seis anos, sendo liberado no sétimo (Deuteronômio 15:12-13).⁷

Nota-se que no mundo antigo evidenciam-se inúmeras espécies de discriminações, sendo a mais notável a decorrente da condição social. Por outro lado, o conceito de raça era compreendido de forma diversa daquele forjado no século XIX. Assemelha-se, na antigüidade, à questão dos grupos étnicos⁸ que, como se sabe, modernamente possui acepção distinta do conceito de raça. Tanto é que dentro de um mesmo grupo étnico (ex: palestinos) de forma geral existem diversos grupos raciais – brancos, negros, amarelos etc (no sentido que atribui ao termo a ciência do século XIX). Em relação aos hebreus, a dimensão étnica é facilmente perceptível em várias passagens do Pentateuco⁹ e, em especial, no Livros que relatam a tomada de Canaã – a terra prometida.

Com o modo de produção feudal, não se elimina o tratamento diferenciado em face de certos grupos sociais, caracterizados pela imposição de estigmas. O direito feudal caracterizou-se pela extrema fragmentação e preponderância dos costumes¹⁰, o que, de forma alguma, impediu a criação de situação de discriminação, amparadas explícita ou implicitamente pela tradição.

A distinção entre poder espiritual e poder temporal, com a supremacia do segundo em detrimento do primeiro¹¹, permitiu a imposição de um credo religioso – o cristianismo, com a estigmatização de todas as demais religiões e práticas religiosas. A invasão árabe na península ibérica e a ocupação da cidade santa,

⁷ Para abordagem detalhada vide BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. Tese (Doutorado em Direito).UFPR. Curitiba, 2004. p. 108-127.

⁸ “ A etnia define-se geralmente como população (*ethnos* significa povo em grego), que adota um etnônimo e que reclama uma mesma origem, possuindo uma tradição cultural comum, especificada pela consciência de pertença a um grupo, cuja unidade se apóia em geral numa língua, numa história e num território idênticos.” RIVIERE, Claude. *Introdução à antropologia*. Lisboa: Edições 70, 1995. p.14.

⁹ “ E deu-se que, assim que Moisés erguia sua mão, os israelistas mostravam-se superiores; mas assim que abaixava sua mão, os amalequitas mostravam-se superiores”. (Êxodo 17:11). Trata-se, afora as questões de poder envolvidas, de confronto étnico e não racial.

¹⁰ “ É natural que o Ocidente na alta Idade Média tivesse um direito adequado à sua situação política, econômica e intelectual; isto é, um sistema de administração da justiça fragmentado, mas ajustado às necessidades de uma sociedade agrária e militar. O direito da época carecia inevitavelmente de complexidade, era desprovido de teoria e de princípios gerais, impregnado de elementos sagrados e irracionais”. CAENEGEM, R. C. Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p.37.

Jerusalém, fez com que a Igreja Católica se voltasse contra os muçulmanos, marcando-os negativamente em face da religião professada. Discriminações étnicas também são perceptíveis durante toda a Idade Média em relação aos judeus. Paradigmático, neste sentido, o processo de seleção de magistrados empreendido durante séculos em Portugal:

Alguns impedimentos evitavam que certas pessoas ingressassem na magistratura. Se o candidato ou qualquer um de seus ancestrais masculinos fosse ilegítimo, ele seria barrado. Parece que as proibições contra o fato de ser bastardo ou artesão eram mais frequentemente contornadas do que a mácula ocasionada pelo sangue ‘mouro, mulato, judeu ou de outra raça infecta’. Homens com esse defeito raramente compareciam perante o Desembargo do Paço. Isso era provocado pelo processo de peneiramento, iniciado quando alguém tentava entrara na Universidade de Coimbra que, ocasionalmente, mantinha restrições semelhantes.¹²

Com o advento da modernidade acentua-se um projeto que Enrique Dussel configura como de encobrimento do Outro.¹³ Aí tem origem um processo de racialização propriamente dito, materializados na negação do indígena¹⁴ e no estatuto jurídico de *res* imprimido aos escravos africanos trazidos às colônias. O impulso dos descobrimentos, portanto, dá ensejo para que o homem passe a encarar o Outro como distinto:

A época das grandes viagens inaugura um momento específico na histórica ocidental, quando a percepção da diferença entre os homens torna-se tema constante de debate e

¹¹ Segundo François Châtelet: “ao Pontífice, a *auctoritas*, a mais alta dignidade. Ao rei, a *potestas* temporal. A autoridade do Papa em matéria religiosa e eclesiástica é absoluta; o poder do Rei sobre os seus súditos também o é. Se o chefe da comunidade dos cristãos quiser e puder, ele exigirá – em virtude da autoridade religiosa que exerce, inclusive sobre os chefes temporais- que esses sejam reduzidos à função de braço secular da Igreja.” CHÂTELET; François. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p.31-32.

¹² SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979. p.231-232

¹³ DUSSEL, Enrique D. 1492, o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

¹⁴ “A construção dos impérios espanhol e português se fez, pela rapina das riquezas da América e substituição das sociedades existentes, de tal forma que a extinção de povos inteiros, pela morte ou pela assimilação cultural não pode ser considerada um acidente, mas uma consequência possível, aceita e até mesmo desejada”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999. p.42. Como corolário lógico desta posição dos conquistadores, assiste-se à supressão das expressões jurídicas dos povos dominados: “o empreendimento do colonizador lusitano, caracterizando muito mais uma ocupação do que uma conquista, trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenária proveniente do Direito Romano. O Direito Português, enquanto expressão maior do avanço legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase exclusiva do Direito pátrio”. WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p.46.

reflexão(...) Nas narrativas de viagem, que aliavam fantasia e realidade, esses ‘novos homens’ eram freqüentemente descritos como estranhos em seus costumes, diversos em sua natureza.¹⁵

Desta feita, com o neo-escravismo africano e com o genocídio das populações indígenas, restabelecem-se novas relações de poder e de submissão fundadas nos estigma raciais. A princípio argumentos irracionais ou com fundamentos teológicos (como o de que os índios não teriam alma, seriam bestas vivas) foram utilizados como razão desta hierarquização. De todo modo, foi somente no século XIX que tais práticas foram abordadas e legitimadas pelo discurso científico.

2 TEORIAS RACIAIS E O DISCURSO CIENTÍFICO

Sob a égide do positivismo, o século XIX se configura como o século das ciências. Este desenvolvimento e progresso trazem à baila novos questionamentos:

A Etnologia, a Etnografia, a Antropologia Social, a Biologia Humana, a Sociologia e as demais ciências humanas, que começaram a desenvolver-se dos fins do século XVIII e durante o século XIX, passaram a questionar a ‘igualdade’ em nome do conhecimento ‘científico’ sob os influxos do evolucionismo. Os negros seriam, realmente, criaturas humanas? Isto é, homens, da mesma espécie dos brancos e amarelos? ou formariam uma espécie diferente, ou tipo não-evoluído, a meio caminho entre os antropóides e o *homo sapiens*? Teriam as mesmas qualidades psíquicas e físicas dos caucasóides?¹⁶

A ciência, portanto, afastava-se de um modelo monogenista – dominante até meados do século XIX-, segundo o qual a humanidade teria origem una. Aliás, por mais que existissem conflitos étnicos no mundo antigo, avulta a influência, principalmente no Ocidente, da teoria cristã segundo a qual todos os homens descem do Pai (fonte originária única da Criação).

Com a publicação de *Origem das espécies* em 1859, de Charles Darwin, emerge um novo paradigma explicativo que também contamina as ciências sociais.

¹⁵ SCWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. 1.ed. 4ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.44.

¹⁶ BRANDÃO, Adelino. *Direito racial brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.28.

Conceitos como “competição” e “seleção natural” foram de imediato transplantados, dando origem ao darwinismo social.¹⁷

Com esta nova corrente de pensamento abandona-se a teoria dos tipos permanentes, segundo a qual as raças estariam hierarquizadas e divididas biologicamente em diversas espécies distintas, não podendo, portanto, reproduzirem-se entre si. Um dos mais expressivos representantes desta visão é o Conde de Gobineau, conhecido autor da obra *Ensaio sobre a desigualdade das raças humanas* (1853). Gobineau, diplomata francês, amigo íntimo do Imperador Dom Pedro II, viveu no Brasil entre 1869 e 1870.¹⁸

No âmbito da antropologia criminal tem gênese a obra *L' uomo delinquente*, em 1876. Impulsionado pelos estudos da fisionomia, da frenologia¹⁹ e dos alienistas, Lombroso afirma-se como típico representante das teorias bioantropológicas. Estas, no âmbito criminal, são conceituadas por Figueiredo Dias como “teorias que, na explicação do crime, privilegiam, de forma mais ou menos exclusiva, os processos e condições que, de forma típica, se consideram como pertencentes a características do organismo e não do seu ambiente actual”.²⁰

¹⁷ Quebra-se a tradição iluminista – advinda da Revolução Francesa – da busca da igualdade. “Dessa seleção do mais apto, a direita nacionalista deduz que a igualdade é um absurdo: ‘uma sociedade pode tender à igualdade; mas, na biologia, a igualdade só existe no cemitério’”. CHÂTELET; François. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000. p.264

¹⁸ A respeito, trecho do artigo denominado *L'émigration au Brésil*, publicado em 1873 por Gobineau: “Todos os países da América, seja no norte ou no sul, hoje mostram, incontestavelmente, que os mulatos de distintos matizes não se reproduzem além de um número limitado de gerações. A esterelidade nem sempre existe nos casamentos; mas os produtos da raça gradualmente chegam a ser tão malsãos e inviáveis que desaparecem antes de darem à luz, ou então deixam rebentos que não sobrevivem. Se tomarmos essa observação como base fixa para um cálculo de probabilidades, e se admitirmos, para evitar complicações, que a acumulação de misturas não precipita um movimento de aniquilação, o que não é provável, podemos concluir que, se um período de trinta anos custou um milhão de habitantes ao Brasil, os nove milhões nos quais acredito terão desaparecido completamente, até o último homem, no final de um período de 270 anos.” RAEDERS, George. *O conde de Gobineau no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.p.85-86. Para Gobineau, portanto, os brasileiros tenderiam à extinção.

¹⁹ A frenologia e a antropometria passavam a interpretar a capacidade humana tomando em conta o tamanho e a proporção do cérebro dos diferentes povos. Simultaneamente, uma nova craniologia técnica, que incluía a medição do índice cefálico (desenvolvida pelo antropólogo suíço Andrés Ratzius em meados do século XIX), facilitou o desenvolvimento de estudos quantitativos sobre as variedades do cérebro humano. SCWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. 1.ed. 4ª reimpr. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p.49. Aliás, digno de nota que Lombroso – enquanto médico legista- se pautou nos critérios prescritos pela frenologia a fim de identificar, por sinais externos, os criminosos natos.

²⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.169.Exatamente o inverso de teorias como a do *labeling approach* e da criminologia radical que vêem na interação social e no processo de socialização as causas do crime e não na constituição orgânica do indivíduo. A consequência político-criminal das teorias bionropológicas é a legitimação de políticas eugênicas.

As teorias com fulcro no darwinismo social tiveram imensa difusão nos meios científicos e acadêmicos. Seu auge e apogeu cinge-se ao século XIX, sendo abandonada – não sem resquícios – em detrimento de estudos protosociológicos emergentes principalmente da sociologia norte-americana que encara a discriminação racial como fenômeno social, sem qualquer apelo biológico. Aliás, com o total deciframento do código genético humano – que teve início em 1988 e que terminou recentemente – provou-se não existir qualquer diferença que habilite a divisão do gênero humano em raças distintas. A esfera de saber da ciência não possui mais condição de legitimar a discriminação racial. Contudo urge repisar que o racismo é uma prática histórica e social, portanto espargindo seus nefastos efeitos²¹ – ainda – em todas as esferas da sociedade, inclusive no sistema de controle formal do delito: o famigerado sistema penal, guiado, no que tange à criminalização secundária, pelos estigmas raciais.

3 OS CLIENTES DO SISTEMA PENAL À LUZ DOS ENSINAMENTOS DO LABELING APPROACH

Segundo o professor Juarez Cirino dos Santos, a política criminal alternativa da Criminologia Radical, como desenvolvimento prático de sua crítica ideológica, tem por objeto o sistema de justiça criminal (processo de criminalização e sistema carcerário) e a opinião pública (base de legitimação ideológica da política penal oficial).²²

Nesse sentido, Alessandro Baratta, a partir do paradigma do *labeling approach*, explica a criminalidade e a reação penal. Em outras palavras,

²¹ Nota-se que há evidentes relações de poder que atuam em prol da manutenção da estigmatização (ex: o estigmatizado preso que contribui para a manutenção das relações de produção no sistema capitalista ao “desinchar” o exército de reserva no seio da sociedade). Contudo, afora a questão do poder e sem desprezá-lo, sobressai a questão cultural que permite a constatação de estigmas, inclusive o racial. Tal descortinamento tem sido produzido pelo impulso dos estudos na seara da antropologia cultural que define cultura “como sistema de comportamentos aprendidos e transmitidos pela educação, e imitação e o condicionamento (enculturação), num dado meio social”. RIVIÈRE, Claude. *Introdução à antropologia*. Lisboa: Edições 70, 1995. p.43. Em visto disto cabe a pergunta: tendo a moderna ciência evidenciado que não existe o conceito de raça (afirmação assente nas descobertas constatas com o término do mapeamento genético humano – Projeto genoma), não se poderia localizar o estigma racial como constante de práticas culturais que vem se perpetuando ao longo da história através de transformações dialéticas qualitativas (ou seja: a síntese conservando aspectos da tese enquanto práticas culturais racistas)?

²² SANTOS. Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 82-83.

na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuídos a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, a dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é... um bem negativo, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos.²³

O *labeling approach* nasce com a virtude de mudança, de superação da vertente criminológica etiológica, pois trata do crime como processo de criminalização e não uma realidade ontológica pré-existente (um objeto a ser estudado). O crime então passa a ser o meio de rotulação pelo qual o Estado, instituição social, separa o cidadão do delinqüente.

Todavia, em sua face primeira, o etiquetamento se refere apenas a nível individual, ao comportamento criminoso rotulado pelo Estado ou o que é derivado da primeira criminalização. O *labeling approach* assume relevante importância apenas quando incorporado à Criminologia Radical²⁴, visto que assume sentido sócio-político. Portanto, o objeto de estudo passa a ser os mecanismos de distribuição social da criminalidade como bem negativo, e não mais a relação entre o indivíduo e o Estado.

Alguns mecanismos de seleção estão na base do bem social negativo a ser distribuído (em outras palavras, da criminalidade), mas de especial atenção, ressalta-se, a criminalização afeta ao poder econômico-político, em que a ausência desse poder é limiar entre criminalizados e os não criminalizados. Neste sentido,

²³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 161.

²⁴ Em linhas gerais, se valendo dos ensinamentos de Juarez Cirino dos Santos, pode-se vislumbrar o contraste entre a Criminologia Tradicional e a Criminologia Radical. Aquela tem por objeto o comportamento criminoso e o sistema de justiça criminal, enquanto que esta o conjunto das relações sociais, compreendendo a estrutura econômica e o sistema de justiça criminal. A Criminologia Radical, tendo em vista a classe trabalhadora, tem como compromisso a transformação da estrutura social e a construção do socialismo, enquanto que a Criminologia Tradicional, que tem como base social as classes dominantes, se compromete com o aprimoramento funcional-tecnocrático do aparelho penal, conforme critérios de efetividade e eficiência.

aliás, caminham os dados empíricos fornecidos pelo Departamento Penitenciário do Paraná acerca da população carcerária²⁵:

ESCOLARIDADE - NÍVEL DE ESCOLARIDADE DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO ESTADO DO PARANÁ

GRAU DE ESCOLARIDADE	2001	2002	2003	2004	2005
	Nº	Nº	Nº	Nº	Nº
Analfabeto	500	600	675	739	650
Alfabetizado	810	837	1121	1025	1020
1º. Grau Incompleto	2726	3758	3790	4296	4424
1º. Grau Completo	330	576	606	693	805
2º. Grau Incompleto	267	405	435	583	601
2º. Grau Completo	179	269	334	347	387
Superior Incompleto	20	45	57	61	66
Superior Completo	21	35	32	64	86
TOTAL	4853	6525	7050	7808	8039

FONTE: GAP/DEPEN – 1º trimestre 2005

Da análise dos dados acima depreende-se que 75,80% dos presidiários (6094) sequer possui o primeiro grau completo. Evidência de subalterna posição social e econômica na sociedade. Alvos primários do sistema penal.

Como conseqüências, da concepção adotada pela Criminologia Radical, têm-se que: a produção de normas penais realiza uma seleção de tipos legais de indivíduos estigmatizados; a aplicação das normas criminais depende da posição de classe do sujeito; o sistema carcerário tem dupla tarefa: reprodução das desigualdades das relações sociais capitalistas e reprodução de um setor de marginalizados sociais; a conseqüência política da crítica é a negação do direito penal igualitário: proteção geral de bens e interesses, e da igualdade legal (formal). (SANTOS. Juarez Cirino dos. *A Criminologia Radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981).

²⁵ [Http://www.pr.gov.br/depen/num_escolaridade.shtml](http://www.pr.gov.br/depen/num_escolaridade.shtml). Fonte: Departamento Penitenciário do Paraná – DEPEN. Denota-se, assim, que os abastados possuem imunidades perante o sistema penal. A propósito: “O status de rico funciona como que uma regra interpretativa que quer dizer: ‘gente idônea’, ‘gente do bem’ etc, proporcionando-lhe barreiras sociais e códigos de sinais (perfume, carro que dirige, bairro em mora, etc) que, via de regra, impedem a investigação policial”.⁵ BACILA, Carlos Roberto. *Estigmas como meta-regras da atividade policial*. Tese (Doutorado em Direito). UFPR. Curitiba, 2004. p.213. (o grifo é nosso).

3.1 Criminalização Primária, Secundária e o Etiquetamento do Sistema Penal em Função da Raça

Pode-se falar em criminalização primária como a própria atividade legiferante do Estado em matéria Penal e de Processo Penal, a qual, através da escolha de valores e bens a serem protegidos, reveste certas condutas consideradas atentatórias a estes bens e valores como passíveis de sanção penal. Todavia, a ótica de análise crítica desvenda que este processo acaba por:

encobrir e dar guarida à inidoneidade técnica de certas matérias ao controle mediante o direito penal (ou na tautológica assunção da relevância penal de certas matérias, e não de outras), mas, antes, em uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações anti-sociais realiza das por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais funcionais às exigências do processo de acumulação do capital²⁶

No que diz respeito à questão racial nota-se que, no Brasil, condutas tendentes a discriminar ou tratar com preconceito indivíduo em razão da raça, encontram-se plenamente criminalizadas pelo legislador.²⁷ A tutela pena infra-

²⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 161. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli desnudam criticamente o que parece ser o objetivo da legislação penal, e por fim esclarecem que, “em geral, quando se pretende desvalorar uma conduta prescindindo do resultado ou, ao menos, acentuando o desvalor ‘ético’ da mesma, o que freqüentemente se dissimula com o argumento de ‘perigo’, difusamente manipulado, o direito penal sai de seu território e se presta a ser um simples servo de grupos de poder. Isto acontece porque, em tais casos, a conduta assume um valor simbólico para tais grupos, independentemente do que significa em si mesma. Assim, em certa circunstância, usar barba pode indicar uma atitude frente a um regime político, não cortar o cabelo pode indicar um protesto, tomar café pode inçar o hábito de freqüentar centros de discussão em que o café é pretexto de reunião.(...) O direito Penal de um Estado de direito não pode transformar-se em instrumento de uma guerra de símbolos grupais, se o que realmente tem como meta é a segurança jurídica.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 97-98.

²⁷ A criminalização primária é perceptível, de pronto, no seio da própria Constituição Federal em seu art.5º, XLII – “ a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. Com base em valoração ético-social buscou o constituinte albergar, enquanto bem jurídico, a proteção dos estigmatizados racialmente na própria Constituição o que, per si, já é bastante raro e denota que aglutina grande consenso social. Com isto buscou-se vincular o legislador infra-constitucional a fim de que este viesse a criar legislação penal específica, até porque na legislação anterior a discriminação racial era considerado contravenção penal (Lei 7.437/1985). O tratamento distinto e peculiar é sublinhado pela doutrina especializada: “ Pelo disposto no artigo 5º, incisos XLI e XLII, da Constituição Federal de 1988, houve uma distinção profunda entre as demais discriminações que são praticadas no seio da sociedade e a discriminação racial, pois para as primeiras apenas ficaram especificados que a ‘lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais’, não constando a área do Direito que deveria enfrentá-las”. SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.53.

constitucional é consagrada em lei esparsa (Lei 7716/1989) e no próprio Código Penal, consagrada no tipo de injúria.²⁸

Portanto nota-se que não existe racismo legalizado no Brasil e que, além disto, o sistema jurídico não é omissor a respeito do tema. Expressamente estabelece tipos penais criminalizando condutas discriminatórias e preconceituosas, inclusive em regime de rigoríssima exceção como é o caso da imprescritibilidade do crime de racismo.

Todavia, a realidade do sistema penal, contraditoriamente, seleciona os potenciais etiquetados em face da condição racial. Situação expressa na vergonhosa expressão segundo a qual são clientes do sistema penal a tríade dos três “pês”: preto, pobre e prostituta. Expressão politicamente incorreta que traz à tona a seletividade racial e, mais do que isto, o racismo cordial do povo brasileiro.²⁹

Dados recentes, tomando em conta a população carcerária paranaense³⁰, não desmentem a excessiva desproporcionalidade:

²⁸ Assim dispõe o art.140, § 3º do CP – “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa”. Não há concurso aparente de tipo com a lei 7719/1989 conforme vem decidindo os Tribunais. TJSP: “A utilização de palavras depreciativas referentes à raça, cor, religião ou origem, com o intuito de ofender a honra subjetiva da pessoa, caracteriza o crime previsto no § 3º do art.140 do CP, ou seja, injúria qualificada, e o crime previsto no art. 20 da Lei 7719/1989, que trata dos crimes de preconceito de raça ou de cor” (RT 752/594).

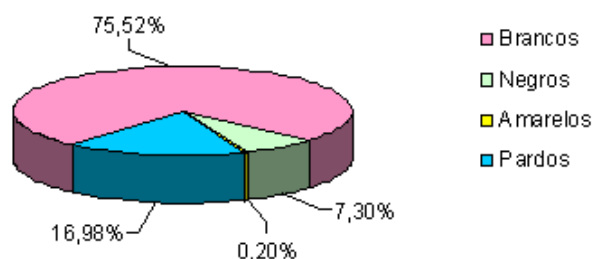
²⁹ A desproporção entre a quantidade de negros no contingente da população carcerária e na sociedade já é dado de conhecimento da doutrina penal brasileira. A este respeito, Nelson Hungria com dados de 1940: “O coeficiente de criminalidade dos homens de cor (negros e mulatos, isto é, mestiços de indo-europeu e negro) é, no Brasil, comparativamente, muito maior que o da população branca(...) No Distrito Federal, em cuja população de 2.138.000 se contam 1.506.672 brancos e 631.528 homens de cor (248.845 pretos e 382.683 mulatos), a Penitenciária Central (com a seção para mulheres, de Bangu) e a Colônia Penal Cândido Mendes hospedam atualmente 792 sentenciados brancos e 1170 homens de cor. Verifica-se, portanto, que, proporcionalmente, os homens de cor praticam crimes com frequência três e meia vezes maior que os brancos. Representam 30% da população e contribuem com 61% da criminalidade” HUNGRIA, Nélson. A criminalidade dos homens de cor no Brasil. In: *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.289. Contudo, como veremos a seguir, o autor encontra explicação bastante “peculiar” para estes índices.

³⁰ http://www.pr.gov.br/depen/num_raca.shtml. Fonte: Departamento Penitenciário do Paraná-DEPEN.

Caracterização de Raças

RAÇA	2003	2004	2005
Branços	5423	5899	6071
Negros	417	544	587
Amarelos	26	12	16
Pardos	1184	1353	1365
Total	7050	7808	8039

FONTE GAP/DEPEN – 1º trimestre 2005



(Composição racial da população carcerária no Estado do Paraná)

De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)³¹, declararam-se brancos 7.431.142 pessoas, negros 296.066 pessoas e pardos 1.642.146 pessoas. Percentualmente chega-se à constatação de que existem, no Paraná, e tomando em conta a população total, 77.70% de brancos, 17.17% de pardos e 3,09% de negros. Contudo, enquanto os brancos correspondem a 75,52% da população carcerária do Estado do Paraná em 2005, os negros constituem 7,30%. A cada 100.000 brancos no Estado do Paraná, 81.69 encontram-se recolhidos em penitenciárias estaduais. A cada 100.000 negros, 198.26 estão detidos.

A situação que emerge desta análise não é nova. Perpassa praticamente toda a história brasileira recente. E os argumentos utilizados a fim de digerir tais dados, tradicionalmente, têm sido os mesmos: o de que os negros – por razões intrínsecas -, são mais propensos à criminalidade. A este respeito, exemplar é a referência de Nélson Hungria:

³¹http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tabulacao_avancada/tabela_gr_uf_2.1.1.shtm. Censo Demográfico de 2000. Tabela 2.1.1 - População residente, por cor ou raça, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação

A que se deve atribuir essa maior freqüência de criminalidade por parte dos homens de cor? Tem-se procurado assinalar o fato como um índice de inferioridade da raça. Os negros e mestiços seriam, organicamente, mal-ajustados às condições da sociedade civilizada ou ao tipo evoluído da cultura dos brancos. Haveria neles uma acentuada proclividade inata para o crime. Trazem consigo uma irreduzível sobrevivência da semi-animalidade característica das tribos africanas, cujo sangue lhes corre nas veias. Ainda quando assimilados à civilização branca, a delinquência apresenta-se entre eles como um fenômeno de atavismo, de regressão ao primitivismo de seus ancestrais.³²

Verifica-se, desta feita, que poderosos estereótipos governam a atividade dos integrantes do sistema penal, abrangendo policiais, procuradores, juízes, advogados etc. Estereótipos enquanto estigmas, ou seja, marcas indelévels que forcem uma identificação psíquica do intérprete e aplicador do Direito a uma imagem exterior e a uma conduta praticada. Um conceito pré-moldado que leve a assimilar o indivíduo e a conduta criminoso como se o estigmatizado fosse levado sempre e necessariamente ao crime e não ao contrário.³³ A força dos estigmas é deveras poderosa. Leva o policial, por exemplo, a acreditar, segundo Figueiredo Dias, que “um jovem branco num bairro de negros procura ‘naturalmente’ sexo ou drogas; e que, inversamente, um jovem negro num bairro residencial elegante se prepara ‘naturalmente’ para qualquer crime patrimonial”.³⁴

³² HUNGRIA, Nélson. A criminalidade dos homens de cor no Brasil. In: *Comentários ao Código Penal*. 4.ed. V.III. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p.291. Em parte subsequente da obra o autor insiste em afirmar que a visão do excerto acima transcrito não é advogada pelo mesmo que visa explicar a questão no âmbito “do grau inferior da cultura de uma raça, que fica relegada a plano desfavorável, quando em competição com outra mais civilização, criando-lhe esta obstáculos no sentido de mantê-la à distância, com os baixos padrões de sua cultura nativa. (p.301).

³³ Neste sentido é cabal que ainda resistem resquícios das teorias criminológicas etiológicas no contexto do pensamento e da atuação dos operadores do sistema penal. Subsistem, por exemplo, alguns critérios de “identificação” do criminoso elaborados por Lombroso. Este arrolou certas características físicas (como o tamanho do crânio), psíquicas e sociais (como o uso de tatuagens) a fim de diferenciar os delinquentes da “normalidade” dos cidadãos de bens. São parâmetros que, ao que parece, ainda gozam de certa credibilidade. A respeito da tatuagem: “a prática da tatuagem acha-se largamente difundida entre os povos primitivos, incultos e supersticiosos, que as adotam de forma generalizada(...) Mas é, sobretudo, entre os marginais da sociedade que elas se difundem, em contagiante propagação, fruto da convivência promíscua dos vagabundos, dos licenciosos, dos infratores da lei. Com sugestiva regularidade, têm-nas, qual marca diferenciadora do ambiente em que se criaram ou plasmaram sua personalidade, os ladrões, os assassinos, os rufiões, os proxenetes, os toxicômanos, os pervertidos sexuais, as prostitutas, as cafetinas. Daí porque, hóspedes habituais que são, esses rebotalhos humanos, das casas de detenção e dos presídios, vamos encontrá-las, as tatuagens, em elevado percentual de detidos e encarcerados”. ZACHARIAS, Elias; ZACHARIAS, Manuf. *Dicionário de Medicina Legal*. Curitiba: Editora Champagnat-PUC, 1987. p.437.

³⁴ COSTA ANDRADE, Manuel da; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2ª. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p.452.

Os estereótipos, reconhecidamente, são incontáveis. Contudo, sem dúvida, quantitativamente é o estigma racial, após o da pobreza, o mais presente e evidente na sociedade e no seio das instâncias formais de controle do delito.

Denota-se claramente que a criminalização primária pode estar em desacordo com os patamares aplicados no momento da criminalização secundária. E, é neste momento, que o etiquetamento do delinqüente encontra seu espaço primordial de atuação. Em decorrência, obviamente, do maior espaço de discricionariedade conferido aos integrantes do sistema penal, inclusive em relação à atividade do magistrado que, sem extravasar balizas legais de atuação, pode mover-se por estigmas no momento da concretização das decisões judiciais.

Estudo levado a cabo com adolescentes infratores na Flórida, por exemplo, chegou à conclusão de que indivíduos não-brancos estariam diante de probabilidades maiores de serem levados ao tribunal do que os jovens brancos: “53% of nonwhite youths referred to intake are recommended for referral to court, compared to 42% of white youths. At judicial disposition, 31% of nonwhite are incarcerated or transferred, compared to 18% of white youths”.³⁵ E isto mesmo em face de um ordenamento jurídico que, tal qual o brasileiro, proíbe expressamente atitudes discriminatórias em razão de raça ou cor.³⁶

Além da população negra, notadamente no contexto latino-americano, deve-se levar em conta a discriminação – inclusive fomentada pelo sistema penal – em face dos indígenas. Especialmente no contexto brasileiro é necessário repisar o processo de “encobrimento do Outro”, realizado por intermédio do colonizador português, que praticamente dizimou as populações indígenas. Por outro lado o pensamento genocida de extermínio e, nas melhores perspectivas, de aculturação, permaneceram latentes no pensamento criminológico até as primeiras décadas do século XX.³⁷

Por outro lado, a justiça brasileira, nos albores do século XXI, não tem contribuído para a efetivação dos direitos dos povos indígenas. É o que expõe, sem

³⁵ BISHOP, Donna M; FRAZIER, Charles E. Race effects in juvenile justice decision-making: findings of a statewide analysis. In: *The Journal of Criminal Law and Criminology*. vol. 86. number 2. Northwestern University, School of Law, 1996. p.400.

³⁶ Especialmente após as últimas modificações providas no *Hate Crime Sentence Enhancement Act of 1994* que tutela certas minorias sancionando discriminações em razão da raça, gênero, procedência nacional, etnia, orientação sexual, religião entre outros fatores.

³⁷ Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá, 2002. p.249.

rodeios, recente relatório de maio de 2005 da Anistia Internacional com o sugestivo título de *Foreigners in Our Own Country: Indigenous Peoples in Brazil*³⁸. A propósito:

In 2005, Indians continue to be victims of attacks, killings and other forms of violence and discrimination, often committed with impunity. Successive governments have failed to deliver on their international and constitutional obligations to fully and finally recognise Indian land rights. Worryingly, there has been a recent growth in calls for a reversal of many of the gains won by Indians since the implementation of Brazil's 1988 constitution.

Não menos leniente é o tratamento específico da justiça penal. Um dos pontos que podem ser assinalados diz respeito a não aplicação de dispositivos do Estatuto do Índio (Lei 6001/73). O art.56 estabelece que, “na condenação por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na aplicação o juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.” A este respeito, expressivas as críticas do prof. Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Quer dizer, em qualquer hipótese o índio terá sua pena atenuada, conforme expressamente determina o texto legal, e de acordo com o seu grau de integração a aplicação será minorada. Não é este o entendimento dos tribunais, nem de alguns comentaristas que procuram minorar este dispositivo de tal forma que o transformam em letra morta.³⁹

Por outro lado o Estatuto, em seu art.57, tolera a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com suas instituições próprias, sanções penais ou disciplinares contra seus membros. Todavia os Tribunais brasileiros têm massacrado a possibilidade de manutenção das sanções penais tradicionais de cada povo, empreendendo a criminalização secundária de índios – com a declaração da justiça nacional como competente, que cometeram, inclusive, pequenos delitos de somenos importância no interior das áreas de reserva.

Não menos traumática é a situação dos povos indígenas localizados na América Andina. A situação da Bolívia, a título de exemplo, é paradigmática. Em um Estado com aproximadamente 80% da população de origem indígena (inclusive com fortes raízes étnicas e utilização de línguas ancestrais), os *criollos* (brancos) são os “senhores” do *chullitos* – denominação pejorativa em relação aos índios.

³⁸ <http://web.amnesty.org/report2005>.

³⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 1999. p.114.

É o que expressa, ademais, Felipe Quispe, líder indígena boliviano que ajudou a derrubar o ex-Presidente boliviano Gonzalo Sánchez de Lozada, em 2003:⁴⁰

En Europa el patrón es gringo y el peón es gringo. En Bolivia el patrón es gringo y el peón es índio. En el Ejército boliviano los indígenas no pasan de subtenientes y sólo los utilizan de 'carne de cañón'. Y las instituciones de gobierno, las empresas privadas y la Iglesia las controlan los gringos (criollos), no los indios. Los que construyen los edificios, barren, lavan, planchan, cargan, cultivan, producen, sudan, manejan los camiones y ponen la sangre en las guerras, son indios. En la llamada Bolivia los indígenas hemos perdido nuestros territorios y tierras, nos han discriminado y nos tratan a patadas. Por eso queremos tomar el poder político, para reivindicarnos como nación indígena, recuperar nuestros territorios y ser dueños de sus riquezas.

Apesar, contudo, dos *criollos* constituírem fatia significativa da população boliviana, estima-se que apenas 2% da população carcerária seja por eles formada. Os indígenas, portanto, aparecem como os “clientes” preferenciais do sistema penal. Por outro lado é constante a verificação de uma série de violações dos direitos humanos⁴¹ em face dos índios, como execuções sumárias, tortura e tratamento degradante na prisão. Situação estigmatizante similar também é encontrável em outros países formados por grandes contingentes de populações indígenas, como o Peru e a Colômbia.

4. DIZER O DIREITO: ATIVIDADE DE NEGAÇÃO DO OUTRO

Conta Dante Alighieri em sua famosa “Comédia”, e aclamada posteriormente por aqueles que dela apreciaram como Divina, uma viagem alegórica ao inferno.

A viagem inicia-se no equinócio da primavera de 1300⁴², na companhia de Virgílio que se oferece para guiá-lo, ser seu guia, seu senhor e seu mestre, fazendo-o passar pelo Inferno e pelo Purgatório. Chegam os poetas à porta do Inferno, na qual estão escritas, em letras escuras, duras e ásperas palavras:

⁴⁰ <http://www.katari.org/articulos/3kv/mallku.htm>.

⁴¹ <http://web.amnesty.org/report2005/bol-summary-eng>.

⁴² Curiosa referencia biográfica de Dante Alighieri é trazida à data de 1300, visto que teve uma vida política muito ativa e, até mesmo, conturbada. Ocupou os mais diversos cargos: foi embaixador da República, pertenceu ao Conselho de Estado e em 1300 exerceu a suprema magistratura política (“priori”) em Florença. Em sua jornada terrena, inimigos não faltaram, sobretudo após assumir a função de “priori”, de forma que uma das leituras possíveis da “Divina Comédia” é que se trata de uma obra de inspiração política e ligada às contingências pessoais do autor no exercício da judicância.

No existir, ser nenhum a mim se avança,
 Não sendo eterno, e eu eternal perduro,
 Deixai, ó vós que entraís, toda esperança!⁴³

Em desprestígio ao aviso, Dante e Virgílio vão às margens do rio Aqueronte, onde o barqueiro tem por tarefa atravessar os desgraçados pelo pecado ao inferno, à expiação de seu fado, conforme os nove círculos infernais.

Embora não mais se conceba um poder terreno com origens no divino, nem que se penalize um homem por sua (i)moralidade (tal qual se podia afirmar à contemporaneidade de Dante), ainda hoje se afirma o direito à perversidade na perspectiva de ruptura entre os juízos de moralidade e o de direito, ou seja, como ensina Salo de Carvalho, a secularização, num primeiro momento, está em não punir a pessoa pelo que ela é (*quia peccatum*) e sim pelo que fez (*quia prohibitum*).⁴⁴

O exercício da perversidade passa a ser dever do Estado, que através de seu aparato burocrático de controle diz o que é crime, pela tipificação de condutas penalmente proibidas, pelo julgamento do réu e, por ultimo, aplicando-lhe *in concreto* a penalidade.

Todavia, restringe-se este trabalho apenas no que toca a jurisdição, a atividade do juiz de dizer o direito em nome do Estado, ou como assevera Clara Maria Román Borges, ao retomar o conceito chiovendiano, “jurisdição é o poder de aplicar a lei aos casos concretos de forma vinculante e cogente.”⁴⁵⁻⁴⁶

O Juiz, no exercício da jurisdição, tal qual o barqueiro de Dante, é o responsável pela transformação do acusado (ou réu) em condenado. Para isso, o juiz mergulha no mundo do acusado para extrair provas para sua convicção (a

⁴³ ALIGHIERI, Dante. *A Divina Comédia*. Trad. José Pedro Xavier Pinheiro. São Paulo: Atena, 1995. p.31.

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

⁴⁵ BORGES, Clara Maria Roman. *A competência nos crimes plurilocais e o princípio do juiz natural*. Dissertação (Mestrado em Direito). UFPR. Curitiba, 2001. p. 32.

⁴⁶ Na visão de Chiovenda “a soberania é o poder inerente ao Estado, quer dizer, à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral. Mas esse poder único insere três grandes funções: a legislativa, a governamental (ou administrativa) e a jurisdicional// Todas três irradiam do Estado, em especial, emana exclusivamente do Estado a jurisdição. Hoje não se admite mais que, no território do Estado, institutos ou pessoas diversas do Estado constituam órgãos para a atuação da lei, como acontecia em outras eras, particularmente a favor da Igreja, cujos juízes sentenciavam em muitas matérias (especialmente nas relações entre eclesiásticos) com efeitos civis também.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965. vols. II. p. 05.)

gestão probatória) e individualiza a pena⁴⁷ segundo sua subjetividade, realçando a própria convicção.

Basta, portanto, ressaltar que o juiz, em sua douda subjetividade⁴⁸, não possui mínimos parâmetros para exercer esse juízo de seleção – somando-se ainda a deficiente formação transdisciplinar dos juristas (dentre os quais, o magistrado), porquanto é inegável que por traz da máquina (ou máscara) burocrática estatal, pautada na imparcialidade e no interesse público, o poder repressivo se exerce de forma humana (na figura do juiz) contra humanos⁴⁹ (a parte ré) pela atitude maniqueísta de separar, acolhendo alguns e rejeitando outros.

De qualquer modo, o que não se pode conceber é a avaliação subjetiva do juiz na seleção de quem se pune e de como se pune, ou seja, nas palavras de Baratta:

o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do Juiz, é desfavorável aos indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população. Isto não só pela ação exercida por estereótipos e por preconceitos, mas também pela

⁴⁷ O art. 59 do Código Penal dispõe que “o juiz, atendendo à **culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social à personalidade do agente, aos motivos**, às circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, estabelecerá conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (negrito nosso). Nota-se que os elementos pertencentes ao agente definem quase toda a pena-base e que essa definição está fora da esfera legítima sobre a qual deve opinar o juiz, pois se trata da interioridade da pessoa, o que, em última análise, é realidade legal que foge do prisma garantista do Direito Penal. Nessa linha, Salo de Carvalho atente que os elementos pertencentes ao agente “por sua definição e verdadeira impossibilidade de refutação em juízo, nota-se que as noções de personalidade e conduta social se confundem jurisprudencial e conceitualmente com a de periculosidade, sendo sua determinação inclinada a juízos e prognósticos de tendências delinqüenciais, na melhor orientação de um direito penal do autor.” (CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 134.)

⁴⁸ Vale a pena ressaltar a reflexão abolicionista acerca da subjetividade humana, de Hulsman e Celis, para os quais “o sentimento de culpa interior que às vezes se invoca para justificar o sistema penal - o autor de um crime teria necessidade do castigo - nada tem a ver com a existência de tal sistema. Não se trata de negar que os homens possam experimentar uma profunda perturbação a propósito de alguns de seus atos ou comportamentos. Mas, é preciso afirmar com toda a convicção que não é a existência ou a inexistência do sistema penal que provoca tal sentimento, tanto quanto não é este sistema que poderá dar àquele que sofre, com sua consciência, a transformação interior de que possa necessitar. Nossas experiências profundas nada têm a ver com o sistema penal.” (negrito nosso) (HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas. O sistema Penal em questão*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: LUAM, 1993. p. 69.)

⁴⁹ “O sistema penal fabrica culpados, na medida em que seu funcionamento mesmo se apóia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação. Na ausência de uma afirmação de culpabilidade, ou quando a lei preveja que em função da idade, de doença mental ou por qualquer outra causa, esta afirmação seja impossível, o sistema se mostra profundamente impotente. **Quando o sistema penal se põe em marcha, é sempre contra alguém, a quem a lei designa como culpável para que se seja condenado.**” (grifo nosso) (HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas. O sistema Penal em questão*. 1ª ed.. Rio de Janeiro: LUAM, 1993. p. 67.)

exercida por uma série das chamadas ‘teorias de todos os dias’, que o juiz tende a aplicar na reconstrução da verdade judicial.⁵⁰

Ora, falar em preconceitos e estereótipos porquanto implícita impulsionante da criminalização secundária é bradar, em forte e bom som, a existência de estigmas sociais no exercício da atividade jurisdicional, ou de outra forma, desnudar o processo de filtragem, exercido por meio de regras e meta-regras, contra os quais se pronuncia uma sentença criminal.

5 CONCLUSÃO

Em conformidade com o ora asseverado, pode-se compreender o porquê da existência de certos clientes típicos do sistema penal à luz da teoria criminológica radical do *labeling approach* e da constatação de práticas racistas implícitas e cordiais as quais admitem a criminalização secundária de certos grupos raciais, mesmo que tal postura seja proibida em decorrência de iniciativas de criminalização primária. Em face do panorama, por fim, procede-se a crítica da postura dos integrantes do sistema penal à luz da teoria do garantismo penal.

O garantismo penal, como ensina Salo de Carvalho, com base em Luigi Ferrajoli, tem gênese no discurso iluminista, na transição do paradigma teológico para o antropológico. O modelo que se cria a partir da Modernidade, gira em torno de dois eixos centrais: a tolerância e a secularização, identificados mutuamente.

A tolerância em relação ao Outro, em sintonia com o princípio da secularização, é a exata medida da distância tomada na concepção do delito (*mala prohibita*) como alheio ao pecado (*mala in se*) e, como consequência, a renúncia de punição do condenado pelas desventuras de sua alma para somente o punir pelo que fez ou deixou de fazer.

“As clássicas garantias”, segundo Canotilho, “são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se, quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais a essa

⁵⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 177.

finalidade,”⁵¹ bem como, em âmbito criminal, significa que o direito penal (como atividade legiferante) deve impedir condutas materialmente danosas a terceiros, no que toca à jurisdição e ao processo, o juízo não deve incidir sobre a moralidade (ou sobre a personalidade) do autor e, quanto à execução da pena, a sanção não pode teleologicamente se imbuída da tarefa de modificar o caráter do apenado.⁵²

No entanto, hodiernamente a realidade que bate às portas do Poder Judiciário, bem como a efetiva resposta penal às demandas, tem revelado a dissonante existência de uma retórica garantista, mas de prática de violência para com os cidadãos (note-se que a lei 7716/89, que tipifica o crime de racismo, encontra seu contraposto no momento da criminalização secundária, pois os mesmos estigmas desvalorados pelo sistema jurídico reaparecem no processo de incriminação no âmbito da aplicação concreta do Direito).

Nessa tela,

o que se percebe é a composição de dados da biografia da pessoa acusada, que propiciará a formação de um *second code*, isto é, de ‘regras e mecanismos extra-oficiais que atuam invisivelmente e que passam a integrar objetivamente o conjunto de meta-regras e a interferir na ação dos operadores jurídicos, tanto na produção dogmática, como na aplicação das normas, resultando daí uma influencia maior do que aquela prevista no Direito Positivo.’⁵³

É, portanto, cristalino afirmar que o Estado Democrático de Direito tem por essência o pluralismo e, por isso, a tolerância para com o Outro se faz mister. Entretanto o presente resgate exige o total romper dos vínculos, quando se trata de expiação da pena, entre o direito e moral. Do contrário, em nome do Direito outros direitos não podem ser - e infelizmente o são fatidicamente-, violados e,

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 396.

⁵² CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 160.

⁵³ CARVALHO, Salo de. *Penas e Garantias*. In: BISSOLI FILHO, Estigmas da Criminalização.

conseqüentemente, a violência estatal intitulada legítima se metamorfoseia em mero “exercício de poder.”⁵⁴

Como bem salienta Salo de Carvalho, o sistema jurídico per si nada pode garantir! É, outrossim, o operador do Direito, sobretudo o magistrado, que diante à lei omissa, lacunar, que apresente contradições, ou que dê guarida a ferir a dignidade da pessoa humana (na figura do réu), deve ter como norte a defesa dos direitos fundamentais, prática aplicada criticamente que é dada pelos mecanismos constitucionais.

⁵⁴ A efetividade do direito penal é sua capacidade para desempenhar a função que lhe incumbe no atual estágio de nossa cultura. Esta função é a de garantia externa de um âmbito de auto realização humana, isto é, a garantia de disponibilidade daquilo que se considera que pode ser necessário para realizar-se em coexistência (para escolher ser o que se quer ser). Logo, é efetivo o direito penal capaz de servir de garantia externa da existência.... Para que o direito penal tenha efetividade, será necessário que respeite a condição humana: que sirva ao homem a partir de um reconhecimento do ser do homem. *Isto é a fundamentação antropológica.* O direito penal efetivo deverá estar antropológicamente fundamentado. O direito penal não o estará, mas continuará, mas continuará sendo direito penal enquanto conserve eficácia. O mero exercício de poder durará enquanto durar a sua eficácia, mas não será direito penal e estará ainda mais distante da fundamentação antropológica do que o direito penal não efetivo.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl, PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.* 5ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 349.)